

# 国 制 の 規 範 的 能 力

——コンラート＝ヘッセの法思考について——

加 藤 英 俊

「国制の規範的能力」はコンラート＝ヘッセの教授就任公開講義の題目であり、そしてまたその観念は彼の著書『西ドイツ国制綱要』(Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)——以下『綱要』と省略——の理論的部分において用いられている。「規範的能力」自体は哲学的な難解な観念ではないが、しかしヘッセがそれと関連させて論ずる事柄から彼の法思考の基が示されてくるという意味で彼のキーワードであると思われる。本稿の目的はそのような前提の下でヘッセの法思考の大枠を捉えようとするにある。

ヘッセの教授就任公開講義については既に小林直樹教授によって紹介がなされており(国家学会雑誌, 73巻5号), また『綱要』の13版は阿部照哉教授等による翻訳が出されている。各々参照させて頂いた。

なお「……」( ) は教授就任公開講義の出版からの引用頁を示し, 「……」(GZ, ) は, 13版が入手できなかったため, 『綱要』第9改訂版からの引用を示し, ハンス＝ケルゼンの *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960), *Allgemeine Staatslehre* (1925) は各々 RRL II, AStL と省略した。(ヘラー, ) はヘルマン＝ヘラーの *Hermann Heller: Gesammelte Schriften* (1971) の第3巻からの引用頁を示している。

本稿においては, „Verfassung“ という言葉は, ヘッセが, „wirkliche Verf.“ „rechtliche Verf.“ と表現するように, 必ずしも規範的性格のものを表わすために用いていないので, 一応「国制」と訳した。但し, „Verfassungsinterpretation“ は, 規範的性格の Verf. の問題となっていることが明らかと思えるので, 「憲法

解釈」と訳した。

「事實的諸關係そして所与の政治的及び社会的諸勢力のもつ決定行使力と並んで国制の決定行使能力も存在するか。この能力は何に依拠しているか, そしてこの能力はどの範囲まで及ぶものであるか」(6) という問題が, 教授就任公開講義においてヘッセが正面に立てる問題である。ヘッセはこの問題を「国制の規範的能力(normative Kraft)」を問う問題と呼ぶ。彼にとってこの設問は, 国制とは何であるか, 国制の問題は力の問題か又は法の問題かという問題と, 更に国法学, 所謂憲法解釈の在り方の問題と関連している。ヘッセはこれらの諸問題を, 「国制の規範的能力」を中心におくことによって, 相互に関係づけて考察することができると考えている。

ヘッセは, 「法的国制は常に課題を設定できるだけである」(12) と述べる。法的国制は「法的国制の側から政治的及び社会的現實を秩序づけ, そして形成しようとする」(8) ものとして存在する。法的国制の所謂規範性をヘッセはどのように表現し, 「法的国制は当為の表現でもある」(8) と述べる。しかし法的国制のこのような規範性・当為性はその「規範的能力」を意味してはいない。

ヘッセは, 「国制規範の本質は, それが妥当しようとする, 即ち, それによって規定されている状態を現實のうちに実現しようすることに存する」(8) と主張する。規範は妥当しようとする, 「妥当要求」をもつものとして現われ, 存在する。しかしそれがまた妥当要求を実現す

る「能動的な力」になりうる、「規範的能力」をもちうるというのが、ヘッセの主張である。

「法的国制がこの妥当要求を現実化することに成功する度合において、法的国制は規範的能力を獲得する」(9)と彼は述べる。彼は「国制の規範的能力」をまた国制の「生命力及び作用力」とも表現している。

ヘッセが観念している「国制の規範的能力」は、従って、所謂実効性に極めて類似している。実際、彼自身、「見かけ上やむをえない諸々の政治的必要に基づいてしばしば国制を改正する傾向は、国制の規範的能力にとって危険である。……国制ができる限り稀にしか変更されないということが、国制の実効性の根本条件である」(15)という主張を行なっている。しかし、ヘッセは、むしろ実効性を確立し、維持する側面を考慮しており、この点を規範的能力として、規範の属性的に扱っている。「規範的能力」は、かくして、一方で現実と規範、存在と当為の区分を行ないながら、他方で相互の関係を捉え、浮き上らせるための道具的概念である。この相互関係を理解することが国制の理解にとって重要であるとするところに、ヘッセの主張がある。

現実と規範、存在と当為、実効性と妥当性との関連は、実定的法規範が問題であるときには、看過されることができない。ケルゼンも、「法秩序の諸規範が大体において実効的であるとき、即ち、実際に遵守され、適用されているときに、法秩序は妥当しているとみなされる」(RRLⅡ, 219)と述べる。ケルゼンにとって、法秩序の実効性は、その妥当性の「条件」(RRLⅡ, 216)である。ケルゼンは、一方で、存在している、即ち、妥当している諸規範の諸作用から法秩序を静態的に考察し、他方で、法規範の法秩序への所属性の点で法規範の創造を動態的に考察することを課題としているので、実効性を妥当性の条件として実定法を確定することで足りていると思われる。

教授就任公開講義で、ヘッセは、「事実的国制」と「法的国制」というふたつの概念を対比

的に用いている。しかしこれらの概念は『綱要』では用いられていない。

「国制は、歴史的・具体的生活の現実において国制がもつ課題と作用とから、初めて捉えることができる。……国家の政治的統一が〔国制に〕課せられている」(GZ, 5)と、ヘッセは述べる。この政治的統一は、例えば規範体系を通して観念される静的な統一ではなく、「絶えず新たに獲得されるべき」動的統一であり、「一致や妥協によって、暗黙の合意や単なる甘受と尊敬によって、更に場合によっては、有効に行使される強制によって可能とされ、もたらされる行為の統一 (Handlungseinheit) であり、それ故、機能的な統一 (Einheit funktioneller Art) である」(GZ, 6)。

このように動的に捉えられる政治的統一の形成は具体的・歴史的状況、その諸要素によって制約されている。それらの要素は決してカオス的に存在しているのではなく、一定の諸規則性をもって相互に関連し、作用し合って、国制の課題を達成するうえで制約条件となる事実的諸関係を形成している。このような事態を指摘する例として、ヘッセは、「実際の政治的諸勢力は、それらに固有の諸法則に従って活動しており、しかもそれらの法則は、とりわけ法的諸形式から独立して作用している」という、イエリネックの国制の展開に関する主張を挙げている(4)。またこのような観点から国制の本質を捉える者としてラッサールを挙げている。そしてそのような事実的諸関係を、ヘッセは「事実的国制」と呼んでいる。事実的国制の特徴は、それが事実的諸関係のうちに存する動的要因によって支配され、決定されるという点にある。事実的国制から見れば、所謂憲法典は「一片の紙切れ」にすぎず、国制の問題は力の問題ではない。

事実的国制に対して、「法的国制」は法的に規範化された、従って妥当要求をもつ国制を意味している。事実的諸関係には「妥当要求が無視することのできない、特別な諸規則性を形成している、妥協的要求を実現するうえでの歴史的

諸条件が存在しており、妥当要求はこれらの条件から解放されえない」(8) のであり、「国家の現実力は力の場 (Kräftefeld) の諸活動から生ずるのであるが、法的国制の妥当要求はその場の一要因である」(9) と、ヘッセは述べる。法的国制は、事後的諸関係において、事後的諸関係に対して自己を実現しようとする。従って法的国制は、一定の諸規則性を有し、問題決定力をもつ事後的国制と緊張関係に立ち、そしてそこに法的国制の諸問題が生ずる。ヘッセの問題意識はこの点に存する。

ヘッセが教授就任公開講義で題目を「国制の規範的能力」と表現したとき、既にこの「国制」は法規範的なものとして捉えられているのであり、「事後的国制」と「法的国制」との対比は、国制の二者択一の本質論の提起ではなく、彼の問題意識を展開する道具である。『綱要』においては、ヘッセは「国制」について、「妥当している国制法の理解はその対象、即ち、国制の理解を前提とする。その様な理解に基づいて初めて、妥当している国制は、国制上の諸問題を捉え、そして適切に克服する可能性を示す」(GZ, 3) と述べ、そしてまた、「国制は共同社会の法的基本秩序である。それは、政治的統一が形成されるべき、また、国家の諸々の課題が覚知されるべき基準である諸指導原理を規定する。……国制は法的全体秩序の基礎をつくり、そしてその大要を規範化する」(GZ, 11) と述べる。

『綱要』では「国制」は初めから「法的国制」として規定されている。但し、その理解においては「事後的国制」との不可避的な係わりが自覚されており、それ故に、「国制」の把握は、ヘッセにおいて、規範的な意味形象としての法秩序の統一性の分析から行なわれるのではなく、事後的国制と係わる法的国制の「課題と作用」の理解から行なわれているのである。

「国制」の法的規範化の詳細は『綱要』においても特に論及されていない。「成文の国制の特殊性とその射程をより明瞭に見えるようにす

ること」(GZ, 5) が、ヘッセの関心事のひとつであり、論点は、成文・不文という法的国制の存在態様に移っている。ヘッセは、「国制はむしろ不文の国制による補完を必要とする。しかし不文の国制は、補完だけを作用とするという、まさにその理由から、成文の国制から完全に解放されて成立、存在することは全くできず、常に、成文の国制の諸原理を展開し、完全なものとし、又は発展させるものとして成立し、存在しうるのであり、そして常にこれらの原理と一致して成立し、存在しうる。成文の国制が機能するためには、不文法を盾にとって成文の国制を無視することはできない」(GZ, 15) と述べる。

国制が成文化されることにより「法的明白性と法的安定性」がもたらされ、「国制の安定化作用及び合理化作用はより強化される」(GZ, 14)。しかし理論的には任意の事項が政治的決定によって成文の国制に盛り込まれることができる。ヘッセは、法的国制が「具体的な生活諸関係の事物に即した全体秩序」(12)である必要性、即ち、事後的国制へ賢明に適応することの必要性を主張するが、しかし、適応を欠く国制規範の存在を否定してはいない。

ヘッセが不文の国制に対する成文の国制の優位を主張することは、彼の問題が所謂憲法典に係わっていることを示している。そしてそれはまた、具体的な法秩序を成文・不文法規範の双方から規範整合的に叙述することがヘッセの問題となっていないことを示している。

法的国制について実質的意味の国制と形式的意味の国制の区別が普通行なわれているが『綱要』においてはこの区別は行なわれていない。

ケルゼンは、RRL II において、実質的意味の国制を、「一般的法規範の創造を規制する実定規範又は諸実定規範」(228) と規定している。しかし彼は、ASTL においては、それを、「最高位の諸機関に関する諸規範 (狭義の国制) 及び国民の国家権力に対する関係——そのように普通表現されている。——に関する諸規範 (広

義の国制)」（252f）と規定している。広義の国制では、ケルゼンが指摘しているように、個人の自由という個人主義的思想が国制の根本内容を規定する基準となっている。それ故にこの概念規定では、実定法秩序一般の形成に対する実定法上の根本と、具体的実定法秩序の根本内容との混合が生じている。結局ケルゼンは、ASTLでは「実定法的意味の国制」と呼んでいた実定法規範の創造を規制する実定規範、つまり実定法秩序一般の形成の実定法上の根本を後に——RRL I（1934）において既にそうである。——「実質的意味の国制」と規定し直したのである。

ケルゼンのこの実質的意味の国制概念規定の変化は、国制一般の根本内容は確定されることができず、具体的国制の根本内容は当該国制に対する観点によって相対的であることを示している。具体的国制の根本内容は、カール＝シュミットの所謂憲法制定権者の「決断」にまで相対化されることができる。シュミットは、「実質的意味の国制」という表現を用いず、「積極的意味の国制」という表現を用いるが、それは実質的意味——より正確には、狭義の実質的意味——の国制である（ヘラー、392）。

しかし普通、狭義の実質的意味の国制とされるのは、ケルゼンのそれではなく、具体的国制の根本内容である。狭義の実質的意味の国制の概念は、一方で形式的意味の国制との対比において機能するが、他方で具体的国制の内容的同一性と継続性の判定基準として、従って、政治的に、更には法的に改正の限界を示すものとして機能させられることがある。この点に関してヘッセは「国制の実質的核心」（GZ, 278）という表現を用いている。しかし彼の場合この実質的核心は成文の国制、所謂憲法典のうちに認められる。

「法的国制を体系化し合理化することによって政治的運命を統一的に規定しようとする自覚的な意思」（ヘラー、386）を有することを特徴とする憲法典は、そこに実質的に法的国制の根本内容を規定しようとする。従って法的国制の

根本内容が憲法典に規定された部分に形式的に限定される。何故ならば、さもないと憲法典外の法秩序の部分内容が憲法典内の部分内容と並列化され、憲法典の思想と背反する結果をもたらすからである。

不文の国制に補完的地位しか認めず、成文の国制を中心とするヘッセの主張は近代憲法典思想に立脚していると理解することができる。

文書化により相対的に客観化された法的国制の事実的諸関係に対する作用力、つまり規範的能力の前提を、ヘッセは、国制の内容において顕著になる前提、つまり国制の事実的諸関係への対応による実現可能性と、国制の実践で顕著になる前提、つまり国制への意思とに区分する。歴史的な法は、「歴史的な変遷のなかで継続性を維持すること以上のものを決して望み得ず、またもたらし得ない」（GZ, 276）が故に、国制の実現可能性は、法的国制の内容が事実的国制に適切に対応し、かつその展開に適応できることで条件づけられている（11-12, 13-14）。しかしヘッセにとっては、先に触れたように、国制の実現可能性が国制の規範的能力の根本条件ではなく、その根本条件は「国制への意思」である。「法的国制が設定する課題が選ばれるとき、国制によって規定されている秩序に依って自己の態度を決定する用意のあるとき、当座的有用性の観点から行なわれる異議及び攻撃に抗してその秩序を貫徹する決心の存在するとき、それ故、一般の人々の意識において、そしてとりわけ国家生活に責任を有する人々の意識において、権力への意思だけではなく、とくに国制への意思が活動しているときに、法的国制は能動的な力になる」（12）と、ヘッセは述べ、更に、「国制の規範的能力の強度は、第一に、規範への意思、国制への意思の問題である」（17）と述べる。

不文・成文を問わず、規範への意思、国制への意思が国制の規範的能力の根本的前提である。そして成文の国制の存在は事実的国制との乖離をより一層明瞭にするだけに、それだけ一層国制への意思の存在が意義を有することにな

る。但し、ヘッセはこの点について詳しい言及を行っていない。彼は、改正が頻繁に行なわれるかどうか、所謂憲法解釈がどのように行なわれるかという内心的態度が外部に表明される行為、それ故にまた内心的態度に影響を及ぼしうる国制の実践のもつ意義を強調することに止まっており、そしてそれで足りている。何故ならば、彼の強調点は、「〔国制の規範的能力の〕諸前提が充たされない場合に初めて、国制の問題は法的问题から力の問題になるのであり、そして法的国制は事実的国制に屈服しなければならない」(18)という点にある。つまり、国制が規範的能力を有していることによって、国制の問題は法的问题、国法学の問題となるということが強調されている。

ヘッセの主張は、極端に言うならば、憲法典が規範的能力を維持しており、そして維持すべきであるという立場から、憲法典と事実的諸関係との間で生ずる問題を、憲法典の側から、憲法典の現実化の問題として捉えるべきであるということに存する。ヘッセは、「〔絶対に確実ではなく、課せられたものであり、一定の諸条件の下で極めてよく実現化されうる国制の規範的能力を〕極めてよく実現化することは、国法学が自己の活動をそれに方向づけなければならない目標点である。国法学は……国制問題が力の問題とならないために自己の義務を果たすときに、よりよく自己の任務を果たすのである。それはつまり、国法学は、国制の諸規範がかのきわめてよい妥当性を獲得することのできる基である諸制約を明らかにしなければならないということ、国法学がこの観点に立って自己の教義を発展させ、そして国制の諸規定を解釈しなければならないということの意味している。それは、とりわけ、国法学が第一に国制の規範的能力の最も確実な保証である国制への意思に重きを置き、それを喚起し、そして保持することを使命とされているということの意味している。そしてそれは、国法学は、場合によっては、批判を行なうことをも義務とされている

ということを意味している」(19)と主張する。『綱要』においては、ヘッセは、「国制の規範性に拘束されている法的考察と議論は、この〔国制と現実との〕一致を維持又は創造する、国制を規範に適合して実現する諸前提を創り出す、さもなければ、国制を変更することをめざす国制政策的な考慮によって補完されることを必要とする」(GZ, 20)と述べている。

ヘッセの主張は、この点から見ると、国法学の姿勢のあり方である。国制の規範的能力はその姿勢を方向づけるものであり、従って国制の諸問題の解決、国制の実現化の方向を示すものである。ヘッセは、「国制は常に憲法解釈の過程を通して現実化される」(GZ, 21)が故に、「決定的に重要であるのは、結局、憲法解釈である」(15)と述べる。

国制の規範的能力に関するヘッセの主張は、規範に対する人間の態度をも属性的に規範に取り込んで論じられているという特徴を有している。このこととの関連で、国法学の作用についても、人間態度に対する効果がそのひとつの目標点とされている。ヘッセの主張は、人間態度の方向づけをも伴う法的国制、憲法典の実現化を訴えるものということができる。このように憲法典を強力に実現化し、現実を憲法典によって規制し、秩序づけようとしているように見えるヘッセの主張は、しかし逆から見れば、憲法典の実現化が事実的諸関係によって非常に大きく制約されているものであり、所謂憲法問題が、法的问题としてではなく、事実的な力の問題として決定されてしまう可能性が常に存在しているという、憲法問題が法的问题として意味をもちうる限界についての認識から生じているものである。この認識からヘッセにおいて現実と規範との関係が重要な論点となり、一方では国制への意思を媒介として国制を実現することで国制の生命力、規範的能力を維持することの必要性が主張され、他方で法的国制の側で現実に対応し、その規範的能力を確保していくことの必要性、それに伴う国法学における政策的

考慮の必要性が主張されているのである。

このような主張は、慣習法、デスウィチュード(desuetudo)のような概念を用いて或る実定法秩序を規範整合的に叙述することを自己の課題とするのではなく、自己に所与で課せられている規範的秩序の実現化に係わることを使命とする国法学にとっては共通の問題に関するものと認めることができる。

国制の実現化に係わる憲法解釈においても、ヘッセは、「国制の規範的能力が憲法解釈のひとつの基準である」(GZ, 30)と述べている。つまり、規範が実現化される歴史的・具体的事実的諸関係の下で当該規範にできるだけよい作用力(optimale Wirkungskraft)を得させることのできる諸視点を優先させて、それらの下で規範の解釈、実現化が行なわれるべきであると主張する。憲法解釈、一般に法解釈は何らかの方法で統制可能であることを要求される。例えばケルゼンは解釈について、解釈は唯一正しい決定をもたらすことはできず、一定の「適用の枠」を示すことしかできない。この枠の中で行なわれる決定の選択は等価であると主張するRRL II, 348f, 352ff)。このケルゼンの解釈論も「適用の枠」という観念によって解釈の統制可能性、統制の必要性を認めている。ケルゼンにおいてこの統制可能性を基礎づけているのが「認識に即した解釈」、「科学的解釈」であり、適用の枠の確定は認識問題、科学の問題であるとする立場である。

ヘッセもまた憲法解釈において「生産力のある、合理的に根拠づけることができる、そして統制可能である結論」(GZ, 30)を得ることを目的としている。ヘッセにとって解釈の課題は、ケルゼンとは異なって、「国制上『正しい』結論」を得ることであり、そしてその結論を「合理的で統制可能な処置で見出し、この結論を合理的にかつ統制可能なように根拠づけ、かくして法的確実性と予見可能性を創造することである」(GZ, 21)。

ヘッセにおいて先ず「憲法解釈」とは、「国

制を手懸りとしては一義的に決定されえない国制上の問題が答えられるべきとき(GZ, 20f)に問題となる。国制の規定が一義的であり、問題なく現実化されているときには、その規定を「理解」し、広い意味で「釈義」(Auslegung)するだけで足り、「解釈」は問題とならない。

「憲法解釈は具体化である」(GZ, 25)とヘッセは述べる。「具体化」という言葉は、例えばケルゼンにおいて、一般的規範の個別化・具体化による個別的規範の創造というように、法規範の内包の抽象性と外延の具体性、一般と特殊の包摂関係において用いられている。ヘッセにおいては、「具体化」は一義的に確定していない国制規範との関係で「人間の行態をそのときどきの状況において方向づけることができる」(GZ, 19)ようにすることを意味している。

規範条文はその文言で或る構図(Anordnung)を表現するだけであり、この構図をヘッセは「規範プログラム」と呼んでいる。この規範プログラムを理解することから具体化の諸要素が取り出され、そしてまた規範プログラムと現実の所与との関係で「規範領域」が示される。規範領域は秩序づけられるべき現実の諸関係の諸特性を明らかにする役割をもっており、これらがまた具体化の諸要素を提示する(GZ, 19, 27f)。規範プログラムと規範領域とから、従って規範と現実の双方に係わりながら、具体化の諸要素が取り出されることによってヘッセにおいて解釈・具体化は問題事項の本質に即した(sachgemäß)問題解決であることを保証される。

しかしこれらの具体化の諸要素の確定は、様々な視点から批判・検討を行なうことによって行なわれるものであって、規範文言だけから、事実から各々全く独立して抽出されるものではなく、規範と問題事象を総合する諸視点から確定されてくるものである。ヘッセは、「見解の妥当性に対する判断で使用され、決定をできる限り明快で納得のいくように根拠づける」ところの「指導的な諸視点(トポイ)」が「発明(inventio)の方法」で探究されなければならないと述べる

(GZ, 27)。これらの視点の選択は、問題解決の妥当性だけを考慮するのではなく、規範プログラムを取り込むことによって、更に、国制の問題に係わるものとして、「憲法解釈の諸原理」により「関係づけ、配合 (Zuordnung)、評価」を規範的に方向づけられ、制約されている (GZ, 28)。

ヘッセの「具体化」の処置は、規範的に方向づけ、制約されながらも——この点でヘッセは憲法解釈におけるトピック (Topik) の限界を見ている (GZ, 30)。——発見的に探究される指導的諸視点をを用いる論証、トピク的論証である。このことがヘッセにおいて処置の合理性と統制可能性を、更に結論の合理性と統制可能性を基礎づけるものとされており、彼の「正しさ」はこのトピク的な正しさである。

トピク的に獲得される「国制上『正しい』結論」というものは科学的に立証されうるような「正しさ」ではない。この「正しさ」は「法学的解釈の領域では、法律家の擬制と処世上の虚構以上のものではありえない」(GZ, 30) と、ヘッセは述べている。つまり、実際に具体化が行なわれるうえで統制不可能な処置が行なわれることが認められているのであり、結論は制約された意味で正しいと認められるものにすぎない。

ヘッセの主張は、結局、法的国制が法的問題として扱われうることの限界の認識、そして国制問題で規範条文を解釈し、具体化する結論を厳密に科学的方法で正当づけることの不可能性の認識に立脚している。いふなれば悲観的な見解に立脚しているといえることができる。法的国制が規範的能力を有するということは、先ず法的国制を法学的に扱う前提であり、法的国制の諸規範の解釈、具体化においてその規範的能力がひとつの基準として取り入れられなければならないとすることは、法的国制の存立に係る問題とその解釈に係る問題とにおいて一貫性を保持する前提なのである。この意味で「国制の規範的能力」という観念はヘッセの法思考にとって重要な意味をもっており、それ故に、彼の教授就任公開講義の題目となったものと思われる。

なお仮にヘッセの基本的考え方を是認するとしても、彼の規範的能力の考えが国法学、憲法解釈の問題においてどの程度の支配を行なうのかという問題は残されている。ヘッセもこの点については所謂憲法変遷に係わる箇所で触れている。しかしそれは具体的問題でのヘッセの解釈、具体化の処置を検討した上で論じられるべき問題である。

## The Normative Force of the Constitution

—On Legal Thoughts brought forward by Konrad Hesse—

Hidetoshi KATO

Hesse's legal thoughts are based on following recognitions.

- (1) Constitutional problems are legal, so long as a constitution keeps its normative character.
- (2) Conclusions of constitutional interpretation cannot be legitimized in a strictly scientific way. The concept of the normative force of the constitution plays an important role in his legal thoughts, and is a key to understanding them.